



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá, D. C., enero veinticinco (25) de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-15-000-2017-02380-01

ACTORA: ROSA ALCIRA AGUILLÓN SÁENZ

DEMANDADO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA – FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por el demandante, en contra del fallo del 8 de noviembre de 2017, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que denegó el amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES

1. La petición

La parte actora, mediante apoderada judicial, ejerció acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Boyacá, con escrito recibido el 12 de septiembre de 2017 en la Secretaría General del Consejo de Estado, con el fin de que fueran protegidos sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la igualdad y de acceso a la administración de justicia, los cuales consideró vulnerados con la providencia del 10 de agosto de 2017, proferida por la autoridad judicial demandada, que revocó y, en su lugar, denegó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó en contra del Ministerio de Defensa Nacional, con la finalidad de que se declarara la nulidad del acto administrativo que denegó el pago de las diferencias salariales reclamadas con fundamento en el régimen empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, mas no en el del personal civil vinculado a dicha cartera.



En consecuencia, la parte actora pretende que:

«**PRIMERA.-** Se ampare en favor de la señora ROSA ALCIRA AGUILLON SÁENZ, sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo en condiciones dignas y justas, su derecho al mínimo vital, derecho a la igualdad de tratamientos ante la ley, el acceso a la administración de justicia, y demás connotaciones referidas en el artículo 53 superior

SEGUNDA.- Se declare sin efectos jurídicos la sentencia de segunda instancia emitida por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ** el día 10 de agosto de 2017, expedida con ocasión del trámite de segunda instancia dentro del proceso ordinario, medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, identificado con el radicado 150013333004201600011-01

TERCERA.- Como consecuencia de lo anterior, se ordene al Tribunal accionado, emitir una nueva sentencia que incluya dentro de su motivación la garantía efectiva de los siguientes supuestos, sin quebrantar el principio de inescindibilidad de la ley así:

a) Valoración ajustada al régimen probatorio y a los criterios de la sana crítica, de los documentos que acreditan el cargo ACTUAL de la demandante, como TÉCNICO DE SERVICIOS código 5-1 grado 24, para a partir de ello, efectuar un estudio jurídico de la situación particular de la demandante y la procedencia de un régimen salarial especial, distinto del previsto para el restante personal civil.

b) Aplicación adecuada del supuesto normativo, de modo tal que en caso que la autoridad, en ejercicio del arbitrio judicial persista en la interpretación adelantada, esto es que la demandante sea remunerada con las tablas de la rama Ejecutiva, pero, en el Cargo de Técnico grado 9; incluya una motivación que justifique la decisión adoptada, bajo los parámetros normativos aplicables, esto es:

- Otorgue un adecuado alcance al objeto de la ley 1033 de 2006, para lo cual deberá especificar que norma jurídica habilitó la modificación del cargo en el que fue designada como Técnico de Servicios código 5-1 grado 24.



- *Tomando como fundamento la facultad ejercida en el decreto 092 de 2007, proceda a citar cuál de los artículos modificó el régimen salarial especial del personal civil de la Dirección General de Sanidad Militar, y otorgue la respectiva motivación*
- *Tome en consideración de su estudio el decreto 091 de 2007, particularmente el artículo 72*
- *Efectúe una comparación del decreto 092/07 con el decreto 770 de 2005.*
- *Teniendo en cuenta la fecha de vinculación de la demandante, se abstenga de aplicar normas derogadas como los con el decreto 05 de 1998*

c) Se dé aplicación al reiterado precedente judicial fijado por el H. Consejo de Estado en casos con supuestos de hecho y de derecho similares al reclamado por la aquí accionante; teniendo como fundamento que lo DEMOSTRADO en el proceso en que la actora ocupa el cargo de técnico de servicios código 5-1 grado 24 y en caso de que el Tribunal se aparte de él, exponga en la parte motiva de la sentencia la relación de motivos y razones que lo llevan a no aplicar las decisiones judiciales ya tomadas con anterioridad por jueces de igual y superior jerarquía.

d) La verificación objetiva de los argumentos expuestos, a la luz de las normas constitucionales, principalmente el artículo 13, 53 superiores y tratados internacionales debidamente ratificados cuya motivación quede incluida en la providencia.»

Asimismo, también solicitó como medida provisional la suspensión de los efectos jurídicos de la providencia demandada, al considerar que *«...las secuelas jurídicas que de ella se derivan inciden de modo determinante en los perjuicios laborales, económicos y morales causados a la actora...hechos que desencadenarían serios daños al legítimo derecho de la actora a percibir una remuneración digna y justa por sus servicios prestados al Ministerio de Defensa – Dirección General de Sanidad Militar...»*.

La solicitud de tutela, tuvo como fundamento los siguientes

2. Hechos

Sostuvo que desde el 9 de agosto de 1994 se encuentra vinculada a la Dirección General de Sanidad Militar, y que de conformidad



con el Acta 324 del 15 de enero de 1998, se posesionó en el cargo de técnico operativo, código 4080, grado 09, de la planta del Ministerio de Defensa al servicio del Ejército Nacional.

Añadió que mediante Acta 0756 del 27 de octubre de 2009, se posesionó en el cargo de técnico de servicios código 5-1, grado 24, perteneciente a la planta de personal de empleados públicos de la Dirección General de Sanidad Militar del Ministerio de Defensa Nacional, con una asignación básica de \$1.018.045.00.

Manifestó que el 14 de agosto de 2015 presentó una solicitud ante el Ministerio de Defensa Nacional con la finalidad de que le liquidara la asignación salarial según lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 3° del Decreto 3062 de 1997, por el cual se dictan normas para la liquidación del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares.

Indicó que mediante Oficio 394592/MDN-CGFM-DGSM-GAL 1.10 del 1° de septiembre de 2015, la referida cartera negó el pago de las diferencias salariales deprecadas, al considerar que debía dar aplicación al régimen salarial del personal civil vinculado a dicho ministerio, mas no el de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Refirió que, con ocasión de lo anterior, presentó una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del aludido acto administrativo, con la finalidad de que judicialmente se le reconociera, pagara y liquidara la asignación básica mensual con base en el régimen previsto para el personal de la Rama Ejecutiva, así como la reliquidación y reajuste de las prestaciones sociales.

Precisó que dicha demanda correspondió al Juzgado 4° Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja, el cual mediante sentencia del 12 de octubre de 2016, accedió a las pretensiones, al declarar la nulidad del acto administrativo acusado, y a título de restablecimiento del derecho, dispuso:

«TERCERO.- Como consecuencia, se condena a la Nación – Ministerio de Defensa – Comando General de las Fuerzas Militares – Dirección General de Sanidad Militar, al reconocimiento, pago y liquidación de la asignación básica de la señora Rosa Alcira Aguillón Sáenz ...de conformidad con lo



previsto en el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 3062 de 1997, considerando los decretos anuales que han fijado las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, a partir del 14 de Agosto de 2012, por aplicación de la prescripción trienal.»

Añadió que el Ministerio de Defensa Nacional interpuso un recurso de apelación en contra la precitada decisión, al considerar que se había interpretado erróneamente la normativa aplicada. Sostuvo que la asignación básica se le había cancelado a la accionante conforme a las normas previstas para el personal civil y no uniformado del Ministerio de Defensa, con los respectivos reajustes salariales de la planta del sector salud, de manera que no procedía el restablecimiento del derecho ordenado ni el reconocimiento diferencial pretendido.

Afirmó que el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante providencia del 10 de agosto de 2017, revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, denegó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. Como fundamento de la decisión se dispuso en la parte motiva lo siguiente:

«La demandante se vinculó al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional el 09 de agosto de 1994, en el cargo D3 Auxiliar Odontológico en la ciudad de Tunja adscrita al Batallón de A.S.P.C No. 01 de esta ciudad...En consecuencia, como lo sostienen las partes y lo concluyó la a-quo, el régimen salarial aplicable es el de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Por Oficio de 1° de marzo de 1996, suscrito por el Director del Instituto de Salud se informó a la demandante lo siguiente:

‘Según lo dispuesto en el Artículo 91, numeral 6, del Decreto Ley 1301 de Junio 22 de 1994, el personal de las Unidades o dependencias prestadoras de servicios de salud del Ministerio de Defensa Nacional, al servicio de las Fuerzas Militares debe ser incorporado a la Planta de Personal del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares.

...



Así entonces, en consonancia con la norma, la actora fue incorporada al Ministerio de Defensa, dada la supresión del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, atendiendo al régimen salarial establecido para la Rama Ejecutiva en el cargo equivalente a aquel al cual se vinculó.

Por acta No. 1981 de 01 de marzo de 1996, la demandante tomó posesión del cargo de TÉCNICO OPERATIVO Código y Grado 4080-07 en el instituto de Salud de las Fuerzas Militares...

En Acta de 17 de diciembre de 1996, la demandante se posesionó en el cargo Auxiliar de T.O. – Auxiliar de Laboratorio con asignación de \$358.081...

Según Acta No. 324 de 15 de enero de 1998, la demandante se posesionó en el cargo de TÉCNICO OPERATIVO Código 4080 Grado 089 de la Planta del Ministerio de Defensa al servicio del Ejército Nacional con una asignación de \$470.751...

Revisado el Decreto No. 40 de 1998 'Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional y se dictan otras disposiciones, señala lo siguiente:

Artículo 1o. CAMPO DE APLICACIÓN. El presente decreto fija las escalas de remuneración de los empleos, que sean desempeñados por empleados públicos correspondientes a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Establecimientos Públicos, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Sociedades de Economía Mixta sometidas al régimen de dichas empresas, del orden nacional y de las Direcciones Generales de Bienestar Social y de Sanidad de la Policía Nacional.

Artículo 2o. ASIGNACIONES BÁSICAS. A partir del 1o de enero de 1998, las asignaciones básicas mensuales de las escalas de empleos de las entidades de que trata el artículo 1o del presente decreto serán las siguientes:



Niveles

Grado salarial	Directivo	Asesor	Ejecutivo	Profesional	Técnico	Asistencial
9	1.588.119	2.100.055	953.759	771.482	470.751	314.699

(...)'

Es decir que, al posesionarse en la Dirección de Sanidad Militar, su asignación correspondía al grado No. 9 del nivel técnico de los empleados de la Rama Ejecutiva, es decir, que su vinculación no implicó un cambio [de] régimen salarial y prestacional, en tanto la posesión se realizó, bajo los supuestos del artículo 54 de la Ley 352 de 1997, con el régimen salarial dispuesto en el artículo 56 del mismo ordenamiento.

Así, la incorporación, no significó ningún cambio en la asignación y emolumentos que percibía la demandante, en calidad de técnico en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, por ello, su nivel, grado y asignación, se corresponde con la prevista en el decreto de la Rama Ejecutiva, para el año 1998, como ya se hizo referencia.

...»

Y agregó:

«...

En el expediente administrativo...obra certificación de 7 de febrero de 2008, en la que se señala que la señora Rosa Alcira Aguillón Sáenz, se desempeñaba como Técnico Operativo Código 3132, con una asignación básica de \$894.619, que se corresponde a la prevista para el grado 9 del nivel técnico de la Rama Ejecutiva, tal como se desprende de la lectura del Decreto 600 de 2007...

...

En Acta No. 0756 de 27 de Octubre de 2009, la demandante se posesionó en el cargo de TÉCNICO DE SERVICIOS Código 5-1, Grado 24 en la planta de personal de Empleados Públicos del Ministerio de Defensa – Dirección General de Sanidad Militar con asignación \$1.018.045,00...acta en la cual se efectuó la siguiente nota:



‘NOTA: ESTA INCORPORACIÓN NO PRESENTA CAMBIOS EN EL REGIMEN LABORAL NI PRESTACIONAL’...

Como se observa, el grado 24 en el nivel de técnico no fue contemplado; por el contrario, el Decreto 738 de 2009, ‘Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleados públicos de los empleados civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, de sus entidades descentralizadas adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, previó:

Artículo 1°. Campo de Aplicación. El presente decreto fija las escalas de remuneración de los empleos públicos de los empleados civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Artículo 2°. Asignaciones básicas. A partir del 1° de enero de 2009 las asignaciones básicas mensuales de las escalas de empleos de las entidades de que trata el artículo 1° del presente decreto serán las siguientes:

GRADO SALARIAL	DIRECTIVO	ASESOR	PROFESIONAL	ORIENTADOR DE DEFENSA O ESPIRITUAL	TECNICO	ASISTENCIAL
(...)						
24	7.029.046	3.435.308	4.025.610		1.018.045	868.580

Obsérvese que para los empleados civiles no uniformados del Ministerio de Defensa en el mismo nivel de técnico si (sic) se contempló el grado 24 (sic) no obstante, como ha quedado expuesto, a la actora se aplicaba el régimen salarial de la Rama Ejecutiva. Sin embargo, se resalta también que en los dos regímenes el salario es el mismo, es decir \$1.018.045.

Entonces, lo que se infiere es que el Acta No. 0756 de 27 de Octubre de 2009, incurrió en un yerro al indicar el grado 24 para el empleo en que se posesionaba a la actora, lo cual, estima esta Sala, no implicó variación en su nombramiento, que seguía siendo en el nivel técnico en el grado 9, como expresamente se dejó consignado en la mencionada posesión. En efecto, resultaba imposible que la demandante se posesionara en un empleo con un grado que no se contemplaba en su régimen salarial.



...

Ahora resulta pertinente traer a colación, las asignaciones básicas previstas para los años 2007 a 2015 para técnicos grado 24 del personal civil no uniformado, así como para técnicos grado 9 del Personal de la Rama Ejecutiva del orden Nacional, contra lo certificado en nómina, tal como se realiza en la siguiente tabla:

AÑO	VALOR CERTIFICADO	CIVILES NO UNIFORMADO MINDEFENSA GRADO 24	RAMA EJECUTIVA GRADO 9	DTO. RAMA EJECUTIVA GRADO 24
2007	\$894.619	\$894.619	\$894.619	NO TIENE
2008	\$945.523	\$945.523	\$945.523	NO TIENE
2009	\$1.018.045	\$1.018.045	\$1.018.045	NO TIENE
2010	\$1.038.406	\$1.038.406	\$1.038406	NO TIENE
2011	\$1.071.324	\$1.071.324	\$1.071.324	NO TIENE
2012	\$1.124.891	\$1.124.891	\$1.124.891	NO TIENE
2013	\$1.163.588	\$1.163.588	\$1.163.588	NO TIENE
2014	\$1.197.798	\$1.197.798	\$1.197.798	NO TIENE
2015	\$1.253.616	\$1 253.616	\$1.253.616	NO TIENE

Vista la tabla anterior, no sólo se concluye que salario para el nivel técnico conforme al régimen salarial de la Rama Ejecutiva, aplicable a la demandante, coincide con el nivel técnico del régimen salarial aplicable al personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa, se dirá entonces, que a igual trabajo igual salario, lo cual desvirtúa el planteamiento de vulneración del derecho a la igualdad, que predica la demanda...»

3. Fundamento de la petición

Consideró que sus derechos fundamentales se vulneraron con la sentencia acusada, al incurrir en los defectos fáctico y sustantivo, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución.

Manifestó que la decisión cuestionada adolece de un **defecto fáctico**, toda vez que el Tribunal demandado «*carecía de sustento probatorio para llegar a concluir que la demandante debía ocupar el cargo de Nivel Técnico Grado 9, esto es 5-1 grado 9...*» y no para el que realmente fue nombrada por la Dirección de Sanidad Militar, esto es, el de técnico de servicios, código 5 - 1, grado 24.



Agregó que la autoridad judicial demandada, de manera arbitraria y caprichosa, le atribuyó un grado en las tablas salariales de la Rama Ejecutiva del orden nacional que nunca ha ocupado, con el único propósito de excusar la violación de sus derechos laborales.

Resaltó que el cargo de técnico operativo, código 3132, grado 9, desapareció del mundo jurídico con la expedición del Decreto 091 y 092 de 2007, con los que sí se estableció el cargo de técnico de servicios, código 5 - 1, grado 24.

Precisó que a pesar de que en las tablas salariales de la Rama Ejecutiva del orden nacional no está contemplado el grado 24 del nivel técnico, el Tribunal demandado no podía efectuar equivalencias con cargos del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.

Resaltó que la citada autoridad judicial bien pudo otorgarle por lo menos el grado 18 que es el máximo posible, dentro del régimen salarial de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Señaló que con la sentencia acusada también se incurrió en un **defecto sustantivo**, ya que de conformidad con el Decreto 1214 de 1990, no tienen la condición de personal civil del Ministerio de Defensa Nacional las personas que prestan servicios en establecimientos públicos adscritos a dicha cartera.

Añadió que a través del Decreto 1301 de 1994, el Gobierno Nacional creó el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, como un establecimiento público adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, en cuyo artículo 88 *ibidem* se contempló que los empleados de este se someterían al régimen salarial de la respectiva entidad.

Agregó que los empleados del mencionado instituto no se rigen por las normas salariales y prestacionales del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, sino por las de los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Precisó que el mencionado decreto fue derogado la Ley 352 de 1997, la cual, en su artículo 54 estableció que los empleados del



instituto continuarían con el mismo régimen salarial, es decir, con el de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Sostuvo que si bien con el Decreto 3062 de 1997 se vinculó el personal del instituto a la planta de salud del Ministerio de Defensa Nacional, esto se hizo con el debido respeto de los derechos adquiridos, pues en su artículo 3° se dispuso que a los empleados públicos y los trabajadores del instituto incorporados a la planta de salud se les aplicaría el régimen salarial de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Indicó que con el Decreto 4783 de 2008 se estableció la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional, según el cual el cargo de técnico de servicios código 5 - 1, pertenecía al grado 24, tal como se previó en el manual de funciones contenido en la Resolución 0498 del 15 de mayo de 2010.

Añadió que con la sentencia cuestionada también se desconoció el contenido, el objeto y el alcance de la Ley 1033 de 2006, así como de los Decretos 092 de 2007 y 091 de 2007. Y que adicionalmente aplicó una norma derogada, es decir, el Decreto 05 de 1998.

Resaltó que la autoridad judicial demandada no tuvo en cuenta que es beneficiaria de un régimen especial, de manera que, la asignación salarial y las prestaciones se encuentran reguladas por las normas aplicables a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Sostuvo que el Tribunal demandado también **desconoció el precedente** fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de las que se ha establecido que los empleados de la Dirección General de Sanidad Militar son beneficiarios del régimen salarial de los empleados de la Rama Ejecutiva del Nivel Nacional. Para tal efecto, al tiempo que mencionó otras providencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, hizo referencia a las siguientes decisiones de la aludida sección:

i) Con ponencia del magistrado Gerardo Arenas Monsalve, las emitidas el 27 de noviembre de 2014 (expedientes



25000234200020120090501 y 25000234200020120090001), 27 de agosto de 2015 (expediente 25000234200020120111301) y 25 de junio de 2015 (radicado 25000234200020120039001).

ii) Con ponencia del magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, la proferida el 29 de enero de 2015, dentro del expediente 25000234200020120073301.

iii) Con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, las proferidas el 10 de septiembre de 2015 y el 27 de julio de 2017, dentro de los expedientes 25000234200020120064801 y 25000234200020120073601, respectivamente.

iv) Con ponencia del consejero César Palomino Cortés, las emitidas el 12 de octubre y el 1° de diciembre de 2016, dentro de los expedientes 250002342000201200112201 y 25000234200020120090801, respectivamente.

v) Con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, el 24 y 27 de julio de 2017, dentro de los expedientes 25000234200020120072701 y 25000234200020130053401, respectivamente.

Manifestó que la autoridad judicial demandada tampoco aplicó el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 superior, pues ante la duda sobre el grado del empleo que ocupaba, debía escoger el de superior grado, es decir, el grado 24.

Afirmó que con la decisión cuestionada también se le vulneró el principio de progresividad, consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual los Estados partes se comprometen a adoptar en sus providencias, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura.

4. Trámite de la solicitud de amparo

Mediante providencia del 20 de septiembre de 2017, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, admitió la solicitud de amparo y



ordenó la notificación de los magistrados el Tribunal Administrativo de Boyacá y al juez 4° Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en calidad de demandados.

Asimismo, dispuso la vinculación como tercero con interés en el resultado del proceso al ministro de Defensa Nacional y al comandante General del Ejército Nacional.

A su vez, ordenó la comunicación del director de Defensa Jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Finalmente, entre otros asuntos, requirió el préstamo el expediente ordinario y denegó la medida provisional solicitada con el escrito de tutela.

5. Argumentos de defensa

5.1 Tribunal Administrativo de Boyacá

Mediante escrito recibido electrónicamente el 27 de septiembre de 2017, la aludida autoridad judicial se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que los argumentos expuestos por la parte actora constituyen un verdadero recurso de apelación en contra de la sentencia demandada.

Precisó que la accionante pretende utilizar este mecanismo como una tercera instancia para el estudio del caso decidido por la sentencia objeto de queja constitucional, y en esa medida, debe negarse el amparo deprecado.

Manifestó que el acta de posesión fue la prueba que se aportó al proceso ordinario, lo cual no ocurrió con el acto de nombramiento, por lo que el análisis que realizó el Tribunal se realizó con el material aportado y con la normatividad que regulaba la planta de cargos de la entidad demandada para la época.

Sostuvo que la aplicación de la duda a favor de la accionante, así como de la condición más beneficiosa proceden únicamente cuando son normas aplicables a la misma situación laboral, pero no cuando, como en el presente caso «...*la accionante no ha*



probado, ni en vía ordinaria ni en vía constitucional, que hubiera sido nombrada en un cargo existente en la planta de personal, con grado 24».

Señaló que el asunto no exigía un estudio sobre el alcance o interpretación de la ley sino, sustancialmente, determinar cuál era, conforme al grado legalmente admisible, el salario que le correspondía a la demandante.

Precisó que si bien hizo referencia al Decreto 05 de 1998, que señaló la actora como derogada, i) este fue citado como norma violada en la demanda ordinaria y ii) dicha derogatoria en nada afecta la decisión que se adoptó con la providencia demandada.

Concluyó que tampoco desconoció el precedente fijado por el Consejo de Estado, toda vez que el criterio de esta Corporación ha sido pacífico al señalar que lo que define el régimen salarial de un empleado es la fecha de ingreso.

5.2 Juzgado 4° Administrativo del Circuito Judicial de Tunja

A través de escrito recibido electrónicamente el 26 de septiembre de 2017, dicha autoridad judicial se opuso a la prosperidad de la solicitud de amparo, al considerar que la accionante pretende utilizar este medio constitucional como una tercera instancia.

Indicó que dentro del proceso ordinario se encontró acreditado que la accionante no se le liquidó su asignación básica conforme le corresponde a su nivel y grado según lo previsto en los Decretos anuales que fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Judicial.

5.3 Ministerio de Defensa Nacional

Esta autoridad a pesar de su notificación¹, guardó silencio.

6. Intervención posterior de la parte actora

¹ Folio 32 y vuelta.



Mediante escrito recibido el 4 de octubre de 2017, la demandante, a través de su apoderada judicial, agregó que no era ningún imposible que ocupara el cargo de técnico grado 24, porque precisamente ese fue el del acta de posesión.

Insistió que de conformidad con dicho cargo, su régimen salarial era el de la Rama Ejecutiva del orden nacional, de conformidad con la Ley 352 y el Decreto 3062 de 1997.

Precisó que si al Tribunal le parecía inadmisibile que la demandante ocupara un cargo de técnico de servicios grado 24, debió adoptar las medidas judiciales necesarias por poner en orden dicha irregularidad y no adentrarse en conjeturas sobre cargos no ocupados o ya derogados.

Resaltó que con la providencia cuestionada se aplicó una norma derogada contenida en el Decreto 05 de 1998, pues no de otra manera se concibe la errada conclusión de sostener que la demandante ocupaba en realidad un cargo de nivel técnico, grado 9 y en extremo suponer que se trataba de un error del acta de posesión, indicar que se trataba del grado 24.

Reiteró que se desconocen las razones por las cuales el Tribunal cuestionado no tuvo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, que reconoce que sobre casos como el de la actora, resulta aplicable el régimen salarial previsto para los empleados de la Rama Ejecutiva.

6. Sentencia de primera instancia

La Sección Cuarta de esta Corporación, mediante fallo del 8 de noviembre de 2017 denegó el amparo solicitado, previo a verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia, por las razones que se exponen a continuación:

Hizo referencia a los hechos que encontró probados el Tribunal, para concluir que no era procedente modificar la asignación salarial de la actora, pues no existe grado 24 en el nivel asistencial de los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional.



Añadió que tampoco se encontraba demostrado el defecto sustantivo, puesto que, contrario a lo afirmado por la demandante, no era cierto que existiera discusión sobre el régimen salarial aplicable.

Precisó que el Tribunal reconoció que la accionante era beneficiaria del régimen salarial de los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional, por lo que, materialmente, no existía una discusión sobre la interpretación de las normas que regulan la asignación salarial.

Sostuvo que tampoco era cierto que la sentencia cuestionada tuviera sustento en el Decreto 05 de 1998, ya que dicha norma no fue tenida en cuenta para justificar la decisión de denegar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

Indicó que con la decisión acusada no se incurrió en el desconocimiento del precedente judicial invocado, pues, con base en el criterio fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el Tribunal demandado concluyó razonadamente que la actora tenía derecho al régimen salarial de los empleados públicos del orden nacional.

Resaltó que el análisis probatorio también fue lógico, puesto que la administración incurrió en un yerro al señalar que la actora se posesionó en un cargo asistencial con grado 24, pese a que el Decreto 708 de 2009, que reguló el salario del personal de la Rama Ejecutiva del orden nacional, no previó un cargo de nivel técnico con dicho grado.

Adujo que, tal y como lo había advertido el Tribunal, era razonable concluir que la demandante no podía derivar derechos de la incorrecta determinación del grado en el acta de nombramiento del 27 de octubre de 2009.

Sostuvo que, además, la accionante, no demostró que, a igualdad de cargos, la asignación salarial del personal civil del Ministerio de Defensa fuera mejor que la del personal de la Rama Ejecutiva del orden nacional.



7. La impugnación

La apoderada judicial del accionante con escrito radicado el 20 de noviembre de 2017, impugnó el fallo de tutela de primera instancia, que denegó la solicitud de amparo, por las siguientes razones:

Sostuvo que el fallo impugnado no efectuó ningún tipo de pronunciamiento frente a las normas constitucionales que invocó para sustentar la violación directa de la Constitución.

Precisó que la sentencia de tutela de primera instancia debe ser revocada para que se incluya el análisis de del desconocimiento de las normas de carácter constitucional, esto es, de los artículos 13, 25, 29, 53, 229 y 230 superior.

Insistió en que el Tribunal demandado no dio aplicación al régimen salarial que le correspondía a la accionante, es decir, al previsto para los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional, sino el que rige al personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, por lo que con su decisión vulneró los derechos fundamentales de esta.

Aclaró que además de los precedentes indicados con el escrito de tutela, a través de las sentencias del 17 y 26 de octubre de 2017, la Sección Segunda del Consejo de Estado², dispuso el reconocimiento de las diferencias salariales de un personal perteneciente a la Dirección General de Sanidad Militar, que percibieron remuneraciones como personal civil, pese a que les era aplicable el régimen de empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Adujo que dentro del proceso ordinario quedó demostrado que la demandante ocupó el cargo de Técnico de Servicios, código 5-1, grado 24, así que se vulneran los principios de progresividad y favorabilidad laboral, ante la ausencia de este código y grado en las tablas de remuneración del personal de la Rama Ejecutiva, se le atribuya, «*sin ningún soporte probatorio ni normativo*», el cargo de técnico de servicios código 5 – 1, grado 9.

² Proferidas dentro de los expedientes 25000-23-42-000-2015-00253-01 (0845-2017) y 25000-23-42-000-2014-04335-01 (2866-2016), con ponencia de la magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez.



Insistió que si en el nivel técnico establecido en la planta de personal de dicha dirección, nunca fue considerado el grado 9, a la actora se le desconocen sus derechos fundamentales, ya que su salario se le cancela conforme a las tablas de personal civil, mas no con el régimen salarial de la Rama Ejecutiva del orden nacional. Sostuvo que la administración no incurrió en ningún error al nombrar a la demandante en el cargo de técnico grado 24, puesto que es el cargo que existe dentro de la planta de personal, solo que dicha nomenclatura transgrede las garantías constitucionales de la misma.

Añadió que, por lo anterior, el Tribunal demandado debía reconocer la aplicación del régimen salarial de la Rama Ejecutiva bajo la figura de «*inaplicación por inconstitucional*» del régimen del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, o que por lo menos, le cancelen las diferencias salariales que corresponden al nivel técnico grado 18 de la citada rama, en atención a que cumplía con los requisitos para desempeñarse en el grado 24.

Manifestó que con la decisión cuestionada se desconocieron los principios de progresividad y la favorabilidad laboral, así como la aplicación de la condición más beneficiosa, toda vez que, ante la duda, la autoridad judicial demandada debía aplicar el régimen de la Rama Ejecutiva y no el del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional. En concreto, agregó la decisión acusada vulnera sus derechos, por las siguientes razones:

«El derecho a la igualdad, porque personas en idénticas condiciones, si pueden ser beneficiarias del régimen salarial natural que para ellos fij[ó] el legislador, como se demuestra de los precedentes jurisprudenciales anexos al presente recurso.

Imponerle... el Nivel Técnico Grado 9 de la Rama Ejecutiva a la demandante, sin fundamento probatorio, ni legal o jurisprudencial alguno; quebranta su derecho al debido proceso, pues evidentemente este GRADO NO EXISTE, en la planta de personal de la D.G.S.M...

Los principios de favorabilidad y progresividad en materia laboral están quebrantados, por la sencilla razón que dada su situación particular, se le impone un Grado en las escalas salariales: (i) que



no existe en la entidad, y (ii) que es muy inferior del lleno de sus requisitos y calidades técnicas como servidora pública.»

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia que denegó el amparo solicitado, de conformidad con los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 2° del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si con sujeción a los argumentos expuestos en el escrito de impugnación por la parte actora, hay lugar a revocar, confirmar o modificar el fallo proferido el 8 de noviembre de 2017 por la Sección Cuarta de esta Corporación, que no accedió al amparo deprecado.

Para el efecto, se deberá analizar, si con la providencia del 10 de agosto de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que revocó y, en su lugar, denegó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó en contra del Ministerio de Defensa Nacional, se le vulneraron los derechos fundamentales a la accionante, al no acceder al pago de las diferencias salariales reclamadas con fundamento en el régimen empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

3. Caso concreto

La parte actora consideró que sus derechos fundamentales se vulneraron con la sentencia acusada, al incurrir en los defectos fáctico y sustantivo, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución, por cuanto la autoridad judicial demandada al revocar la sentencia condenatoria de primera instancia y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, no accedió al reconocimiento y pago de la asignación básica de la



demandante conforme el régimen de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

A su vez, el Tribunal demandado se opuso a la prosperidad de la solicitud de amparo, al considerar que los argumentos expuestos por la parte actora constituyen un verdadero recurso de apelación en contra de la sentencia demandada.

El *a quo* denegó el amparo deprecado, al considerar que de los hechos probados y el examen que se efectuó en con la providencia demandada no se incurrió en los defectos alegados, toda vez que esta contiene un análisis normativo y probatorio razonable y ponderado.

Con la impugnación, la parte actora indicó que con el fallo impugnado no se efectuó ningún tipo de pronunciamiento frente a las normas constitucionales que invocó para sustentar la violación directa de la Constitución, esto es, de los artículos 13, 25, 29, 53, 229 y 230 superior, con los cuales resaltó los principios de favorabilidad y progresividad laboral.

Añadió que el Tribunal demandado debía en lugar del régimen previsto para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, se le aplique el de los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional, toda vez que con la decisión acusada se le impone un grado en las escalas salariales i) que no existe en la entidad, y ii) que es muy inferior del lleno de sus requisitos y calidades técnicas como servidora pública.

Adicionalmente, sostuvo la parte impugnante que en recientes pronunciamientos la Sección Segunda de esta Corporación del 17 y 26 de octubre de 2017³, ha dado aplicación al mencionado régimen el orden nacional al disponer el reconocimiento de las diferencias salariales de un personal perteneciente a la Dirección General de Sanidad Militar, que percibieron remuneraciones como personal civil.

³ Proferidas dentro de los expedientes 25000-23-42-000-2015-00253-01 (0845-2017) y 25000-23-42-000-2014-04335-01 (2866-2016), con ponencia de la magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez.



En ese orden de ideas, una vez hechas estas precisiones, se procede a efectuar el siguiente análisis de conformidad con los cargos planteados por la parte actora con su impugnación, así:

En primer lugar, se observa que con su impugnación insistió que dicha autoridad judicial vulneró los principios de favorabilidad y progresividad laboral, puesto que probatoriamente quedó demostrado que la demandante ocupaba el cargo de técnico de servicios, código 5 – 1, grado 24, por lo que no se le podía atribuir «*sin ningún soporte probatorio ni normativo*», el cargo de técnico de servicios, código 5 – 1, grado 9, pues este es muy inferior salarialmente.

De manera que, para Sala el principal argumento de inconformidad que planteó la parte actora con su impugnación radica en el presunto desconocimiento de los aludidos principios y demás garantías constitucionales, puesto que con la decisión acusada se le impuso un grado en las escalas salariales i) que no existe en la entidad, y ii) que es muy inferior del lleno de sus requisitos y calidades técnicas como servidora pública.

Por lo que, para la accionante, en lugar de dar aplicación al régimen del personal civil el Tribunal demandado debía resolver la controversia bajo el régimen de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Así las cosas, para la Sala no se vulnera el principio de favorabilidad, previsto en el artículo 53 superior, según el cual debe aplicarse la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho y tampoco se advierte un desconocimiento del principio de progresividad, según el cual los Estados partes de la Convención se comprometen a adoptar en sus providencias, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura.

En relación con esta última garantía, la Corte Constitucional ha señalado:



«El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.»⁴

Lo anterior, por cuanto, lo que se observa es que el Tribunal demandado, luego de precisar el contenido de los artículos 1° y 2° del Decreto 40 de 1998⁵, advirtió que al posesionarse la demandante en la Dirección de Sanidad Militar, su asignación, correspondía al grado 9 del nivel técnico de los empleados de la Rama Ejecutiva.

Por lo que, se observa que con la sentencia demandada se pudo precisar que la vinculación de la accionante no había implicado un cambio régimen salarial y prestacional, en tanto la posesión se realizó, bajo los supuestos del artículo 54 de la Ley 352 de 1997, con el régimen salarial dispuesto en el artículo 56 del mismo ordenamiento, ni significó ningún cambio en la asignación y emolumentos que esta percibía.

Así, observa la Sala que la autoridad judicial demandada indicó que tanto el nivel, grado y asignación que percibía la demandante, se correspondía con la prevista en el decreto de la Rama Ejecutiva, para el año 1998, de manera, que tal como lo advirtió dicha autoridad judicial, no era procedente modificar la asignación

⁴ Sentencia C-038 de 2004.

⁵ «Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de **los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Entes Universitarios Autónomos. Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado del orden nacional y se dictan otras disposiciones**».



salarial de la accionante, puesto que no existía el grado 24 en el nivel asistencia de dicho régimen. Al respecto, precisó:

«Como se observa, el grado 24 en el nivel de técnico no fue contemplado; por el contrario, el Decreto 738 de 2009, ‘Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleados públicos de los empleados civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, de sus entidades descentralizadas adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, previó:

Artículo 1°. Campo de Aplicación. El presente decreto fija las escalas de remuneración de los empleos públicos de los empleados civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Artículo 2°. Asignaciones básicas. A partir del 1° de enero de 2009 las asignaciones básicas mensuales de las escalas de empleos de las entidades de que trata el artículo 1° del presente decreto serán las siguientes:

GRADO SALARIAL	DIRECTIVO	ASESOR	PROFESIONAL	ORIENTADOR DE DEFENSA O ESPIRITUAL	TECNICO	ASISTENCIAL
(...)						
24	7.029.046	3.435.308	4.025.610		1.018.045	868.580

Obsérvese que para los empleados civiles no uniformados del Ministerio de Defensa en el mismo nivel de técnico si (sic) se contempló el grado 24 (sic) no obstante, como ha quedado expuesto, a la actora se aplicaba el régimen salarial de la Rama Ejecutiva. Sin embargo, se resalta también que en los dos regímenes el salario es el mismo, es decir \$1.018.045.

Entonces, lo que se infiere es que el Acta No. 0756 de 27 de Octubre de 2009, incurrió en un yerro al indicar el grado 24 para el empleo en que posesionaba a la actora, lo cual, estima esta Sala, no implicó variación en su nombramiento, que seguía siendo en el nivel técnico en el grado 9, como expresamente se dejó consignado en la mencionada posesión. En efecto, resultaba imposible que la demandante se posesionara en un empleo con un grado que no se contemplaba en su régimen salarial.»



Por lo que, se observa que la decisión acusada no resulta arbitraria ni caprichosa, y mucho menos desconocedora de los principios constitucionales de favorabilidad y progresividad, en tanto, que no podía avalarse una situación jurídico administrativa inexistente, tal como lo pretende hacer valer la parte actora, esto es, la aplicación del grado 24 perteneciente al personal civil, o cualquier otro grado que no correspondiera a aquel que se encuentre conforme a la ley, como lo es el 5 – 1, grado 18 del Rama Ejecutiva del orden nacional.

Adicionalmente, lo que se observa es que el Tribunal, luego de realizar un análisis comparativo de las asignaciones básicas percibidas por los técnicos grado 24 del personal civil no uniformado, con los técnicos grado 9 de la Rama Ejecutiva, pudo concluir que el salario para el nivel técnico conforme al régimen salarial de la Rama Ejecutiva, aplicable a la demandante, coincidía con el nivel técnico del régimen salarial aplicable al personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa.

Tan es así que, la autoridad judicial cuestionada consideró que el Acta 0756 de 27 de octubre de 2009, había incurrido en un error al indicar el grado 24 para el empleo en que posesionaba a la actora, pues en la misma acta se dejó consignado que dicha incorporación no presentaba cambios en el régimen laboral ni prestacional al nivel técnico en el grado 9, cargo en el cual se posesionó la accionante desde 1998.

En efecto, el Tribunal demandado precisó que dicha incorporación no implicaba ningún cambio en la asignación y demás emolumentos que percibía la demandante, toda vez que su «*nivel, grado y asignación*» se correspondía con el decreto de la Rama Ejecutiva para la mencionada anualidad y «... *bajo los supuestos del artículo 54 de la Ley 352 de 1997, con el régimen salarial dispuesto en el artículo 56 del mismo ordenamiento*».

Así las cosas, para la Sala la autoridad judicial demandada no incurrió en los defectos alegados puesto que valoró en conjunto y a la luz de las reglas de la sana crítica los elementos probatorios aportados oportunamente al plenario y la normativa a la que hizo



referencia fue la adecuada para resolver la controversia suscitada entre las partes.

Por tanto, la Sala advierte que lo pretendido por el demandante es reabrir un debate probatorio ya concluido por el juez natural de la causa, que en virtud de su autonomía judicial, al revocar la decisión condenatoria, no accedió a las pretensiones de la demanda ordinaria al considerar que el acto administrativo demandado debía conservar su presunción de legalidad.

Al respecto, debe recordarse que la acción de tutela tiene un carácter excepcional y subsidiario, de manera que no puede utilizarse para plantear meras inconformidades respecto del análisis probatorio de la autoridad judicial demandada para resolver los asuntos sometidos a su conocimiento.

Finalmente, se precisa que el sustento relacionado con los recientes pronunciamientos de la Sección Segunda del Consejo de Estado referidos con la impugnación, corresponden a hechos nuevos, frente a los cuales la Sala se abstiene de efectuar un pronunciamiento, en aras de no desconocer las garantías constitucionales de la contraparte y demás terceros vinculados en este trámite constitucional.

En consecuencia, se confirmará el fallo de tutela impugnado, que denegó el amparo deprecado, puesto que no se observa que la autoridad judicial acusada haya incurrido en los defectos alegados por la parte actora.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Confírmase la sentencia del 8 de noviembre de 2017 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que denegó el amparo solicitado, por las razones anotadas en precedencia.



SEGUNDO: Notifíquese a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

